

柔軟な制限規定について— アメリカのFair Useとの比較、市場の観点から

2018年8月28日 GLOCOM報告

筑波大学大学院ビジネス科学研究科
潮海 久雄

目次

- 一 ことの発端 × 2
- 二 現行著作権法に対するコメント × 1
- 三 平成30年著作権法改正の特徴
- 四 改正へのコメント(各論) × 3
- 五 なぜこんなに理解・評価の差が生じるのか
- 六 立法者へのエール まとめ

一 ことの発端—現行著作権法への違和感1

- 「私的複製の現代的意義」著作権研究40号69—109頁（有斐閣・2015）

私的複製は著作権者の損害が少ないからという消極的理由だけでなく、著作物を広め、著作物の市場を拡大する役割を果たしている。

- 『ストウディア 著作権法』（制限規定、侵害主体・救済）（有斐閣・2016）

: 初心者用教科書。コラム。

- 「大量デジタル情報の利活用におけるフェアユース規定の拡大」『しなやかな著作権制度』183—257頁（信山社・2017）

: アメリカのFair Useの判例研究（立法趣旨、プログラムのSSO、プラットフォーム（侵害主体）の裁判例、クラウド、Google Books、Google news、私的録音録画補償金の失敗、集中管理団体の成功と失敗例、各論点の欧州との比較）

一 ことの発端—現行著作権法への違和感2

①われわれは、日々著作権法の総侵害者？ 誰も著作権法を遵守していない？

I 一般人の意識 e.g. ある程度の複製(私的複製)・翻案・送信は○だろう。

II わが国の著作権法の立法者の意識: 著作権制限規定は、(本来全部侵害だが)著作権者側からみて著作権を制限し、自由利用を認めてあげる。

a: 個別制限規定は反対解釈され、要件(私的使用目的)を外れる行為(企業複製)は侵害に

b: いわんや、個別制限規定にない行為は、反対解釈で侵害に

c: 立法された自由な個別制限規定(e.g. 私的複製: 30条柱書)すら本来侵害: e.g. 30条柱書は著作権者の損害が少ないという消極的理由で自由になっているだけ。

→大量複製(デジタル)で著作権者の不利益が大ならor業として関与すれば原則に戻り侵害(30条1項①②③●、2項●、119条2項2号●、119条3項●、120条の2第1号・第2号●)

←支分権にあたる行為(複製・翻案・公衆送信等)をすれば本来全部侵害を前提

⇒支分権にあたる行為も日々拡大し、一般人の意識とかけ離れすぎているので、一般的制限規定(Fair Use)も必要では？【1976年アメリカのFair Useの立法趣旨と合致】

一 ことの発端—現行著作権法への違和感3

② 著作権者と媒介者は協力すべき(win-win)のはずが、媒介者を原則侵害主体にしてlose-loseに

I 著作権者(著作物を創作する役割)と媒介者(利用・流通で著作物を普及させる役割)が協力すれば、著作物も普及するし収益もあがるはず。

媒介者(Platform) (プロバイダ、テレビ転送サービス、クラウド業者)

著作権者

ユーザー

(TV、新聞、レコード会社)

【cf Sony最判(1984)でFair Useで非侵害としたことにより、映画会社の流通・市場が拡大】

II しかし、最判(〔ロクラクII〕、〔まねきTV〕)は媒介者を侵害主体と判示＝媒介者に対しては、私的複製などの制限規定を考慮しない

→日本のプラットフォームは成立せず、著作物も普及しないし市場も拡大しない

二 現行法：本来全部侵害という異常な初期設定

①複製権・公衆送信権（支分権）に係る行為をすれば、1億人・企業が原則総侵害者（総犯罪者）＋支分権はさまざまな行為・使用に不可欠な行為も含む一般条項＋媒介者は原則侵害主体（〔ロクラクⅡ〕〔まねきTV〕最判）＝制限規定を考慮しない

←使用（読む・聞く・見る）は○。でも大量デジタルの創作・使用・発信に利用行為（複製・公衆送信）必要＝創作・公表に利用・発信、使用にも複製（DL）等が不可欠

二 現行法（続き）

② 著作物の利用・流通に関する市場は、当初利用目的以外の市場、将来の市場（e.gクラウドなどの事業、アンドロイド）もすべて侵害 E.g. Oracle vs Google

③ 公示のない100年以上存続する著作物が世界中で爆発的に成立 e.g. Oracle vs Google アンドロイドがJava利用に2兆円の損害賠償請求

⇒ 一般的制限条項が必要

著作権法の定める境界



X (著作権者) opt-out

情報契約

Y (利用者)

① 技術・市場と利益状況が大きく変化し、著作権法（個別制限規定）が、唯一の社会的に最適な均衡とは限らない。法で事前に明確に境界を定められない。

① 技術・市場の変動に対応して、著作物の利用を許容する幅をもたせる（1976年アメリカ法Fair Use立法趣旨）

① 現に、著作権法と異なるさまざまな規範・契約が発達（opt-out, 情報契約, subscription）

② 米国Folsom判決（1841年）で既にFUの必要性を指摘（Story判事）→1976年までに支分権の拡大（印刷のみ⇒複製翻案譲渡等）、保護期間延長、著作物の拡大に対応して、FUが素直に立法された。

（cf（日）著作物の爆発、長い保護期間、支分権の拡大は既得権、全部侵害→著作権を制限するなら個別制限規定だけ）

二 現行法への批判1 新しい個別制限規定はそれ以外の部分も侵害を推定

I 一般人の感覚

30条本文は私的複製○なので、デジタルでも○だろう。この個別制限規定がなければ、翻案権侵害で本質的特徴を感得できない○、他の個別制限規定の類推○、で自由利用だろうという感覚⇒しかし、個別制限規定を創設すると、反対解釈されて、一般人の感覚より侵害部分が多く、侵害部分が増えたと感じる。

II 現行著作権法の立場

本来全部侵害→個別制限規定(著作権者側からみて著作権を制限)創設すれば、自由な部分が増える。

二1' 個別制限規定を設けるほど、侵害部分が明確になり増えるというパラドックス

I 一般人の感覚

ネット上の著作物は公開され原則利用できるはず(データサイエンティスト)。
Googleもクロールしている。

II 現行著作権法の立場

- 現47条の7でネット上の著作物は計算機利用による情報解析目的で利用可(でもRE●、必要範囲超えたら●、著作権者の不当利益侵害●、試験・研究目的は侵害●)←サイエンティストがこれまで常識でやってきたこと。現47条の7を創設してもらっても少しもありがたなく、むしろ迷惑: 反対解釈して、個別制限規定創設により、要件を満たさない部分は明確に侵害部分が増えたと感じる

二1` `個別制限規定を設けるほど、侵害部分が明確になり増える(市場拡大を考慮するとより拡大)

A 静的な市場

- I 一般人



- II 著作権法

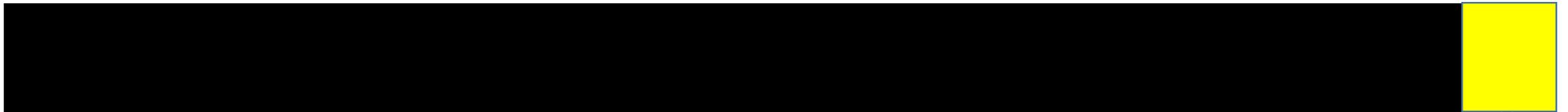


B 市場拡大を考慮すると

- I 一般人: ★拡大するネット、デジタル市場は自由利用できない?



- II 著作権法



二 現行法への批判

1' アメリカのフェアユースとは全く異なる

- 個別制限規定（本来すべて100年近く侵害という前提。個別制限以外の利用目的の市場、将来の市場が拡大してもすべて侵害が前提）

- 柔軟な制限規定（10年前からの常識、既に定着し独占されてる市場を自由にしただけ。本来すべて100年近く侵害、個別制限以外の利用目的は侵害のまま）

- (米)FUは、大量複製でも、著作物の当初利用目的以外の市場、将来市場は原則自由（抗弁でなく立証責任転換） ∴ 将来の技術革新・市場の拡大 + 表現の自由も考慮 e.g. Google Booksは書籍まるごとコピーだが別目的・別市場としてFU


二 現行法への批判

- 1 現行法は、将来のビジネス・市場は原則侵害で利用できない
→既存市場について個別制限規定設けて一部自由利用認めても、その他の市場・将来市場を開拓できず。現行法はアメリカのFUにほど遠い。
- cf ★米のFUは、著作物の当初利用目的以外の市場・将来の市場に著作権法・独禁法は原則介入しない。抗弁でなく、著作権者側が潜在的市場があることを立証。
→わが国の媒介者(企業)にとって、データが関わる技術開発・普及に圧倒的に不利。
e.g. 検索エンジン、iPod……

二 現行法批判1′支分権・著作物性・個別制限規定の方が明確でない

・市場拡大・利用行為の拡大に伴って一般条項である支分権（公衆送信権・複製権）の範囲が拡大していること、あいまいな著作物の範囲の拡大で、われわれの犯罪行為が日々急速に増えていくことこそが予測不可能では？

→支分権や著作物の方が一般条項で日々立法事実の検証が必要なのでは？

→個別制限規定も市場拡大で侵害部分が増えて（明確かもしれないが）一般人にとって予測不可能。

Cf ★米のFair Use事例の方が、類型化すれば（侵害主体など）予測可能性あり。

二 現行法批判1' 4重苦(e.g.クラウド)←第四次産業革命と真逆

I 一般人の感覚

データを個人のPCのHDからクラウドに移しただけで私的複製、非侵害だろう。

II 文化庁クラウド報告書: 創作者に報酬を与えると同時に利用を円滑化

●著作権法だけで4重苦←クラウドを普及させるのが困難

①侵害主体では著作権制限規定を考慮せず、支分権の枢要行為をすればクラウド運営者は原則侵害主体([ロクラクII最判][まねき最判])●

②私的複製(30条1項、2項●) マトリックス4つの領域の1つだけ○(利用場所が私的で、コンテンツ提供がユーザー) ●これも①で●へ。

③企業がユーザーなら私的複製ではなく侵害●。私人も30条 I IIで文言上●。

④情報契約・クラウド利用契約から私的複製は上書きされる●

⑤異分野の著作物の集中管理団体による報酬請求●1分野ですら困難₁₅

三 平成30年著作権法改正の特徴

①一般企業へのアンケートで需要を探り、個別制限規定を創設する方式

②個別制限規定を個別・具体的に、段階的に創設する階層方式

→3step test(ベルヌ条約)と同じ。「著作権者の利益を不当に害さない限り」

・第1層「著作権者の利益を通常害さない」場合、柔軟な権利制限(新30条の4、47条の4) ←公益に関しないので、要件を抽象化し、柔軟 e.g.情報解析など e.g.バックエンド利用など

・第2層「本来の利用にあらず、権利者への不利益が軽微な行為」の場合のみ、公益でないので、利用目的で画し、相当程度柔軟(新47条の5) e.g.ネット検索サービス、解析情報提供、所在検索サービス

・第3層「公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為」は、著作権者への不利益が軽微でなくても、公益についての政策判断から、立法である程度明確に規定(新35条) e.g 教育機関の公衆送信

四 平成30年改正への批判 各論1 長くてわかりにくく、将来あまりできなさそう

- ・新30条の4「著作物に表現された思想又は感情を享受しない行為」 e.g2号情報解析
→どの程度のことができるようになったかは文言からは不明。
- ・報告書を見てやっと立法の考え方がわかる「著作権分科会報告書」(2017. 4)
- ・報告書のもとになった報告書(「著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等に関する調査研究」、国会答弁をみて問題点がわかる
→文言は長くわかりにくい。将来何ができるかわからないが、事前に要望出す必要＋原則全部侵害の現行法で、将来あまりできなさそう。
→解釈で広げうるが、かなりの正当化根拠が必要だろう。
(cf Fair Useは短くてわかりやすい。将来何ができるかわからないが、判例を見る限りいろいろできそう)

四 法改正への批判 各論2:企業の負担大・不利

●●企業の負担が極大化。著作権者、著作権法のプロばかり立法に関与し、最大のユーザーである企業・市民は、アンケート調査で事前に要望を提出する必要

1) スピードと秘匿性が必要な新しい事業する際に、なぜ事前に、認められるかわからない要望を出す必要があるのか？

2) 10年前から一般人・企業がやっていること(e.g. RE、バックエンドの複製、所在検索サービス)をできるようにするために事前に要望提出しないといけないのか？

● e.g. YouTubeやニコニコ動画, Google Books など、少しでも違法行為あれば×
● スピード(および秘匿性)が重要な将来のビジネス・市場は、個別制限規定の反対解釈で不可

←支分権に係る行為をすれば全て侵害と推定する考え方に原因

→その間に外国企業は、他に知られることなく、FUの有利な条件で需要者を取りこんで新しい市場を開拓できる。

四 各論3 階層方式批判：厳格解釈のおそれ

①第1層も第2層も、「著作者の利益を不当に害さない限り」を侵害を認めめる方向で適用のおそれ(3 step testの弊害(i))→大量複製だと原則として●に。

・新30条の4「著作物に表現された思想を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」

1) AI開発目的の情報解析の用に供する画像等は○

2) AIをつかったサービス・事業(e.g医療サービス、音声認識サービスなど)で行う情報解析の用に供する写真・音声は??

3) AIで通常おこなわれるビッグデータを用いる場合、DBを用いる場合は、著作権者を不当に害することになり●

→人に学習させると少量のデータでも侵害●の状況で、機械に学習させると大量複製でも非侵害○とするには、かなりの正当化理由(公益・産業政策的な考慮)が必要

四 改正批判 各論3′:階層方式:公益を考慮せず

②第1層・第2層を私的利益の争いとし、公益(著作物にアクセスする利益等)を考慮できず、硬直的に(3 step testの弊害(ii))。

• cf 第3層:著作権者への不利益が軽微でなくても、公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型であるため、立法である程度明確に規定

●公益か私益かの区別はあいまい。報道の自由が公益(41条等)なら、現代では、電子図書館やネット検索(第1層)なども、国民の知る権利に資する公益。

●教育が公益(35条等)なら、試験・研究も公益なのでは？

●企業も私益だけでなく、社会的意義がある仕事(新しい技術開発、市場を開拓するetc)と考えてやっており、公益といえるのでは？

⇒第1層・第2層も、公益を考慮:単なる私的利益の争いではなく、情報化社会では、一般人が著作物にアクセスする利益、科学技術の発達・市場の拡大などの法政策・公益も考慮し、緩やかに解する必要。

五 なぜこんなに理解・評価の差が生じるのか

①著作権法の知識を蓄えるほど、一般人からみて異常な初期設定の、日本の現行著作権法を当たり前と思ってしまう。

(e.g. 著作物爆発的增加、公衆送信権、デジタルで侵害行為拡大で実質支分権拡大、保護期間延長、デジタル私的録音録画補償金・・・は、条約あるから、要件満たすから、制限規定は本来侵害だから当然)

②アメリカのFair Useも、アメリカの判例研究すらせずに、日本の現行法制の頭（本来全部侵害）と規定の文字面だけで理解しようとするから、必要性が感じられず、表面的理由で退けられてしまう。

e.g. 1976年立法趣旨、FUの重要判例

(Folsom(1861), Sony(1984), Campbell(1994), Grokster(2005)各最判, Google Books判決(2015), Aereo最判(2014))の意義づけや各最判の引用、米国学説(P.Samuelson, Netanel)ほかアメリカのFUの研究が必要 (cf 忙しい弁護士の方が詳しい)

→若い研究者・他分野の研究者（情報法、憲法、経済法、民法等）の検証・批判・発展を希望

五 著作権者は著作権法に期待しすぎ

- 個別制限規定をいくら立法しても、支分権を増やしても、媒介者をたたいても、著作権者への利益はむしろ減少
- ←①ネット(メディア拡大)・娯楽の拡大で、私人・企業の時間・お金は分散されるから
- =②支分権の範囲がふえても、複製・流通・利用されない(売れない)と著作権者には収入が入ってこない
- 売れない著作権者(創作者)には収入が入らず、著作権法は助けにならない
- 媒介者によって、著作物を広めないで、市場は縮小し著作権者に利益は還流しない。ところが、[ロクラク][まねきTV]最判で、他の媒介者をたたいて、自らその媒介者になることを放棄し、販路を絶った→結局、大きな著作権者もGAFA, N,Tと協力することに。(Cf Sony最判で映画会社(MGM)はSonyに負け、販路が増え、市場が拡大した)
- アメリカの著作権法の歴史→著作権(とその自然拡大)は当然の既得権ではなく、FUIにより著作権の自然拡大に対してバランスをとっており、健全な法発展と思われる。

六 立法者へのエール

・Fair Useの立法が必要な新しい事実

- 現行法・改正法は、全て本来侵害、媒体主体原則侵害、将来市場は全て侵害、4重苦(e.g.クラウド)、AIを利用したビジネスへの大規模データ利用にびくびくする状況では、第四次産業革命は困難。
- 個別制限規定は、市場拡大を考慮すると、侵害部分を増やしている。
- 著作物、支分権に当たる行為が日々拡大して不明確になっている点で、むしろ、著作権の方の立法事実が日々必要。
- 海外の著作権企業からの訴え(Oracle vs. Google2兆円)に守るすべなし。
- 今回の改正で、企業は個々の事業について個別制限規定創設の要望提出とその創設が必要となってしまった。
- 媒介者が原則侵害主体→著作物は広まらず、将来市場は縮小。国内企業(媒介者)は、FUのある外国企業に比べ、技術開発・普及の点で圧倒的に不利。

六 立法者へのエール

・「現時点で、アメリカのFUでできることは全て制限規定を設けることができた」と報道(e.g.検索市場、Google Books、バックエンドでの複製)

→「全て原則侵害」の状況で、30条の4の「非享受利用」という個別利用目的を超えた抽象的規定を立法者もつくれた。

→立法者もやれば、今頃ではなく10年前に、未発達段階の市場(e.g.検索市場, Google Books)についての一般的制限規定を規定できたはず(将来の技術・市場拡大を考慮して) = 立法事実

→裁判官も〔美術鑑定書知財高裁〕で、引用(32条)の文言を無視してまで、Fair Useのような判断している = 立法事実。

⇒ほかの利用目的・将来の市場を含めた一般的制限規定も創設できるし、解釈できるのでは。

六 まとめ

- ・現行法は、1億数千人・全企業、日々総侵害者という異常な初期設定。他方で、著作物が爆発的に増え、支分権拡大、保護期間延長、侵害主体原則侵害の、総侵害者状況→アメリカ法のFUを前提とした初期設定でバランスをとるべき。第4次産業革命を目指すならFUは最低限の要請
- ・アメリカのFUは創作目的外の市場、将来の市場を原則自由とするもので、「すべて原則侵害」が前提の日本の個別制限規定とは全く異なる。
- ・市場拡大を前提とすると、個別制限規定を創設するほど、侵害範囲が明確に増加し、一般人には予測不可能になる。
- ・1976年のアメリカのFUは、著作権侵害の範囲が拡大し、市場・技術の変化が激しくなることを理解していた→わが国にも、アメリカのFUが必要→アメリカのFair Use(一般的制限規定)は、個別制限規定の目的以外の市場、将来市場の開拓、技術発展、表現の自由のため必要だし、そのように意義づけるべき。